

Improbidade na publicidade institucional

Autor: Marcelo Adriano Micheloti

Juiz Federal Substituto

publicado em 26.2.2010

 [\[enviar este artigo\]](#)  [\[imprimir\]](#)

Sumário: Introdução. 1 Fundamentação. 1.1 Da publicidade e da propaganda. 1.2 Da unidade da Constituição. 1.3 Do desvio de poder/finalidade. 1.4 Dos princípios da impessoalidade e da moralidade. 1.5 Da improbidade e das ferramentas que podem ser utilizadas para sua comprovação. 1.5.1 Da proporcionalidade. 1.6 Análise da jurisprudência. Conclusão. Referências bibliográficas. Anexos.

Introdução(1)

Foi notícia no final de novembro de 2007, em praticamente todos os meios de comunicação, o caso de uma adolescente de 15 anos de idade, 1,50m de altura e 35 quilos que, acusada de tentar furtar um aparelho de telefonia celular – embora ninguém tivesse dado **queixa** –, foi encarcerada com trinta homens adultos, na cidade de Abaetetuba (PA). Ao se negar a fazer sexo com alguns dos detentos, eles a torturaram (queimaram seu corpo com pontas de cigarro e a planta dos pés com isqueiros) e a estupraram: todos os dias era violentada de cinco a seis vezes. Como sua comida era confiscada, teve que trocar o sexo pelas refeições. Só não fez sexo em três dos vinte e quatro dias em que ficou presa.(2)

No Município de São José, na Grande Florianópolis (SC), seis veículos do Corpo de Bombeiros ficaram parados em oficina mecânica por falta de pagamento de faturas atrasadas;(3) dentre eles o único caminhão que contém escada *Magirus* da Grande Florianópolis.

A resposta corrente para estes e outros exemplos é a alegação de falta de verba pública para construção de novos presídios e aquisição de veículos para segurança.

Interessante observar que nenhum administrador afirma insuficiência de recursos para utilizar em publicidade.

É fácil recordar que no início de 2007 o Governo Federal lançou o denominado Programa de Aceleração do Crescimento – PAC. Segundo o Jornal Folha de São Paulo, de 31.03.2007, a propaganda desse Programa custaria R\$ 7,8 milhões.(4)

O texto a seguir é exemplo de publicidade governamental:(5)

“INVESTIR NO ESPORTE RENDE MEDALHAS, RECORDES E UM BRASIL MELHOR.

O Governo Federal, por meio do Ministério do Esporte e empresas estatais, investe no esporte. E um dos resultados desse investimento foi visto nos Jogos Pan-Americanos. Além das ótimas marcas e recordes quebrados, conquistamos 161 medalhas, sendo 54 de ouro. Um desempenho inédito do País na competição. E muitos dos esportes vitoriosos contam com o nosso apoio, como os esportes aquáticos, o judô, o futebol de salão, o atletismo, o basquete, o vôlei, a ginástica olímpica e artística, o handebol, o iatismo e as lutas associadas. Um incentivo importante, não só para os atuais e futuros atletas, mas também para os

milhares de brasileiros que têm sua vida transformada pelo esporte.” (Revista Veja, 15.08.2007, p. 56-57)

A publicidade que os órgãos públicos têm feito e sua eventual caracterização como ato de improbidade é analisada neste trabalho, com base nos princípios que regem a Administração Pública e a necessidade de concretização dos direitos fundamentais.

1 Fundamentação

1.1 Da publicidade e da propaganda

Armando Sant’anna (2002, p. 75) esclarece que:

“Embora usados como sinônimos, os vocábulos publicidade e propaganda não significam rigorosamente a mesma coisa.

Publicidade deriva de público (do latim *publicus*) e designa a qualidade do que é público. Significa o ato de vulgarizar, de tornar público um fato, uma ideia.

Propaganda é definida como a propagação de princípios e teorias. Foi traduzida pelo Papa Clemente VII, em 1597, quando fundou a Congregação da Propaganda, com o fito de propagar a fé católica pelo mundo. Deriva do latim *propagare*, que significa reproduzir por meio de mergulhia, ou seja, enterrar o rebento de uma planta no solo. *Propagare*, por sua vez, deriva de *pangere*, que quer dizer enterrar, mergulhar, plantar. Seria então a propagação de doutrinas religiosas ou princípios políticos de algum partido.

Vemos, pois, que a palavra publicidade significa, genericamente, divulgar, tornar público, e propaganda compreende a ideia de implantar, de incluir uma ideia, uma crença na mente alheia.

[...]; contudo hoje ambas as palavras são usadas indistintamente.”

Acrescenta que a propaganda governamental institucional tem como grande finalidade prestar contas à população, como forma de manter os cidadãos informados das ações e realizações do governo.(6)

Isso teria abrigo no termo **informativo**, que consta no dispositivo constitucional adiante analisado.

Cumpramos antes destacar que, no Direito Administrativo, a publicidade é um dos princípios da Administração Pública,(7) que se consagra no “dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos” (BANDEIRA DE MELLO, 2001, p. 84). Hely Lopes Meirelles aponta que a publicidade é requisito de eficácia e moralidade que abrange toda atuação estatal (1996, p. 86-87). José Afonso da Silva (2005, p. 666) ensina que:

“A Administração Pública é informada por diversos princípios gerais, destinados, de um lado, a orientar a ação do administrador na prática dos atos administrativos e, de outro lado, a garantir a **boa administração**, que se consubstancia na **correta gestão dos negócios públicos e no manejo dos recursos públicos (dinheiro, bens e serviços) no interesse coletivo**, com o que também se assegura aos administrados o seu direito a práticas administrativas honestas e probas.” (negrito meu)

A Constituição Federal, no art. 37, § 1º, regrou a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos, estabelecendo a necessidade de terem “caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos”.

ALEXANDRE DE MORAES (2005, p. 912-913) comenta:

“Por ausência de previsão constitucional anterior, que regulamentasse a publicidade da atuação do Poder Público, tornou-se generalizada a prática de grandiosas e complexas promoções pessoais de autoridades componentes da autoridade pública, em especial dos próprios chefes do Poder Executivo, nas três esferas da Federação, realizadas às custas do erário público.

[...]

O legislador constituinte, ao definir a presente regra, visou à finalidade moralizadora, vedando o desgaste e o uso de dinheiro público em propagandas conducentes à promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos, [...].

Ressalte-se que o móvel para essa determinação constitucional foi a exorbitância de verbas públicas gastas com publicidade indevida.

[...]

Importante ressaltar que o desrespeito aos requisitos constitucionais do art. 37, § 1º, em clara afronta aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa e da proibição expressa do uso de nome, símbolo ou imagem que caracterize promoção pessoal da autoridade, havendo, pois, aproveitamento do dinheiro público para realização de **promoção pessoal**, caracteriza **ato de improbidade**, legitimando o Ministério Público, no exercício da competência contemplada no art. 129, II e III, a exercer a fiscalização do cumprimento constitucional e a aplicação das sanções previstas, constitucional e legalmente, independentemente da utilização da ação popular para anulação do ato.”

Constata-se, portanto, que a publicidade de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos não pode ser confundida com aquela que somente visa ao interesse do administrador. Orientar e informar não é a mesma coisa que divulgar realizações do administrador. Conforme deixou muito claro o Supremo Tribunal Federal, o “conteúdo educativo, informativo ou de orientação social há de ter como alvo a utilidade e o proveito da comunidade, não o interesse, mesmo legítimo, do administrador”.(8)

1.2 Da unidade da Constituição

Inicialmente há de se lembrar que é o Legislativo o responsável por aprovar as verbas destinadas à publicidade governamental.

Com as Constituições do México (1917) e de Weimar (1919), logo após a Primeira Grande Guerra, veio à tona o chamado Estado Social, em que, no início, às cláusulas constitucionais programáticas não se atribuía qualquer eficácia. Em sua evolução, passa a ser responsável pela concretização de direitos, fundado na legitimidade (BONAVIDES, 2004, p. 20). São os direitos fundamentais na sua dimensão objetiva os denominados de segunda geração. As constituições passam a conter valores resistentes ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder. Acontece a reaproximação entre Estado e sociedade.

Os direitos da segunda geração são os direitos sociais (saúde, educação, habitação, previdência, etc.), tendo nossa Constituição de 1988 claramente obrigado o Estado a intervir com a finalidade de remover as mais profundas e perturbadoras injustiças sociais, na busca da concretização da igualdade material.(9)

“Esse princípio não teria a força e a importância que tem se não fosse a seguinte advertência de [John] Rawls: as liberdades fundamentais não podem ser simplesmente **formais**. De um ponto de vista formal, tanto um rico e influente líder empresarial quanto um desempregado desqualificado têm a mesma liberdade política de votar e ser votado, a mesma liberdade de expressão e associação. Mas, de um ponto de vista efetivo e material,

a liberdade de um é infinitamente desigual à liberdade de outro. Rawls percebe claramente que a ignorância, a pobreza e a carência de meios materiais fazem com que o proveito que as pessoas tiram de suas liberdades seja muito desigual.” (GODOI, 2005, p. 150)

Com isso, o administrador tem obrigação de analisar a Constituição na sua integralidade e buscar concretizar os direitos fundamentais mais primordiais. Em outras palavras, deve usar as verbas públicas naquilo que é mais essencial. Não é a existência de um dispositivo constitucional permitindo, em tese, a publicidade com caráter informativo que vai tornar legítimo um gasto de duas páginas de uma conhecida revista semanal sobre o desempenho de atletas brasileiros numa competição, em detrimento da construção de uma creche ou de leitos de um hospital.

Essa afirmação tem respaldo em doutrinadores de escol, como ANA PAULA DE BARCELOS(10) (citada por MOTTA, 2007, p. 49) e ÉMERSON GARCIA (2005, p. 127):

“[...] No entanto, demonstrando-se que valores essenciais à dignidade da pessoa humana foram preteridos por outros de peso nitidamente inferior, a opção se mostrará destoante da Constituição e, *ipso iure*, inválida (v.g. não será legítima a opção pela contínua alteração das cores de uma escola em detrimento do pagamento dos professores ou da aquisição de alimentos para os alunos carentes). [...]”

Sobre a unidade da Constituição, Paulo Bonavides (2004, p. 595) ensina:

“A inclinação hermenêutica para a ‘unidade da Constituição’ é, segundo Stern, ‘o mais nobre princípio interpretativo que existe’, princípio de incontestável preponderância na jurisprudência alemã. Arrima-se esse jurista em um acórdão da Corte de Karlsruhe onde os juízes constitucionais sentenciaram: **‘Não se pode considerar insuladamente uma estipulação singular da Constituição nem pode ser ela interpretada ‘em si mesma’, senão que deve manter ‘conexão’ de sentido com as demais prescrições da Constituição, formando uma unidade interna’, porquanto da ‘totalidade da Constituição emergem determinados princípios constitucionais, bem como decisões fundamentais, às quais se subordinam as estipulações isoladas da Constituição’ e com as quais devem guardar compatibilidade.**” (negrito meu)

Disso ressalta-se o acerto da decisão do Supremo Tribunal Federal que determinou ao Município de Santo André que construísse uma creche:(11)

“CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

– **A educação infantil** representa prerrogativa constitucional indisponível, que, **deferida** às crianças, **a estas assegura**, para efeito de seu desenvolvimento integral, **e como primeira etapa** do processo de educação básica, **o atendimento** em creche **e o acesso** à pré-escola (CF, art. 208, IV).

– **Essa prerrogativa jurídica**, em consequência, **impõe**, ao Estado, **por efeito** da alta significação social de que se reveste a educação infantil, **a obrigação constitucional** de criar condições objetivas **que possibilitem**, de maneira concreta, **em favor** das ‘crianças de zero a seis anos de idade’ (CF, art. 208, IV), **o efetivo acesso e atendimento** em creches e unidades de pré-escola, **sob pena de** configurar-se inaceitável omissão governamental, **apta a frustrar**, injustamente, **por inércia**, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal **que lhe impôs** o próprio texto da Constituição Federal.

– A educação infantil, **por qualificar-se** como direito fundamental **de toda** criança, **não se expõe**, em seu processo de concretização, **a avaliações meramente discricionárias** da Administração Pública, **nem se subordina** a razões de puro pragmatismo governamental.

– **Os Municípios** – que atuarão, **prioritariamente**, no ensino fundamental **e na educação infantil** (CF, art. 211, § 2º) – **não poderão demitir-se do mandato constitucional**, juridicamente vinculante, **que lhes foi outorgado** pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, **e que representa fator de limitação** da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, **cujas opções**, tratando-se do atendimento **das crianças** em creche (CF, art. 208, IV), **não podem ser exercidas** de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência **ou** de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

– Embora **inquestionável** que resida, **primariamente**, nos Poderes Legislativo e Executivo **a prerrogativa** de formular e executar políticas públicas, **revela-se possível**, no entanto, **ao Poder Judiciário**, ainda que em bases excepcionais, **determinar**, especialmente nas hipóteses de políticas públicas **definidas** pela própria Constituição, **sejam estas implementadas**, sempre que os órgãos estatais competentes, **por descumprirem** os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, **vierem a comprometer**, com a sua omissão, **a eficácia e a integridade** de direitos sociais e culturais **impregnados** de estatura constitucional. **A questão pertinente à ‘reserva do possível’.** Doutrina.”

1.3 Do desvio de poder/finalidade

Conforme já adiantado, a publicidade governamental deve ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, e o Supremo já afirmou que o alvo há de ser a “utilidade e o proveito da comunidade, não o interesse, mesmo legítimo, do administrador”.(12) Sendo assim, questiona-se, principalmente, qual a utilidade e o proveito da comunidade diante de gastos com publicidade de uma empresa pública monopolista? (13) Para reflexão, trago dois exemplos tirados da Revista Veja:

“Vem do Amazonas o exemplo de valorização e respeito aos verdadeiros guardiões da floresta.

Pioneiro no Brasil, o Programa Bolsa Floresta foi concebido de forma participativa, após ampla discussão com instituições governamentais e não governamentais, com uma desafiadora missão: fazer com que os serviços ambientais gerem benefícios sociais e econômicos para as populações ribeirinhas, extrativistas, caboclas e indígenas.

Com 98% de suas florestas preservadas e taxa de desmatamento reduzida em mais de 50%, o Amazonas é o primeiro Estado a ter sua própria Lei de Mudanças Climáticas. Criada pelo Governo do Estado, esta Lei gerou o Fundo Estadual de Mudanças Climáticas, de onde vêm os recursos para o Bolsa Floresta.

O Programa é dividido em duas modalidades – Bolsa Floresta e Bolsa Floresta Associação. Na primeira, cada família, preferencialmente a esposa, recebe R\$ 50,00 por mês para auxílio nas despesas da família. A segunda contempla as Associações de Moradores das Unidades de Conservação e repassa 10% do valor anual recebido por todas as famílias de moradores.

Os primeiros beneficiários são os moradores das Unidades de Conservação do Estado, e os critérios para recebimento deste benefício levam em conta, entre outros, a preservação do meio ambiente e o compromisso de manter os filhos matriculados e frequentando a escola. Até 2010, serão 60 mil famílias em todo o Estado.

Uma vez mais, o Amazonas reafirma seu compromisso com a estabilidade do clima, a manutenção das chuvas, o armazenamento de carbono nas árvores e a conservação da biodiversidade.

Gerando serviços ambientais, o Amazonas prova que a floresta vale muito mais em pé do que derrubada. E dá o primeiro passo para o resgate da dívida que o Brasil tem para com os verdadeiros guardiões da floresta.”(14)

“Foram pouco mais de 10 meses de muito trabalho e os resultados já estão aparecendo. São obras em todas as regiões do Estado, sempre voltadas para melhorar a vida das pessoas e preparar Pernambuco para os novos investimentos que estão sendo trazidos. Esse é o ritmo do nosso trabalho, o ritmo do novo Pernambuco.”(15)

Também salta aos olhos o aumento dos gastos com publicidade em períodos pré-eleitorais.(16)

Deve-se questionar qual o interesse para a população atendida pelo citado **Bolsa Floresta** em saber que esse programa **saiu** na Revista Veja? Quantas pessoas poderiam ter sido atendidas com o respectivo custo dessa publicidade? De outra ponta, quantos mais programas/projetos poderiam ter sido feitos com a utilização do dinheiro gasto na publicidade do Estado de Pernambuco?

Não há como deixar de afirmar que a publicidade nos moldes como tem sido feita (à exceção de algumas realmente de utilidade pública)(17) tem como único objetivo a promoção pessoal dos governantes.

Sendo assim, tais situações enquadram-se no desvio de poder/finalidade, o qual é assim conceituado:

“É a seguinte sua clássica definição nas palavras de André de Laubadère: ‘Há desvio de poder quando uma autoridade administrativa cumpre um ato de sua competência mas em vista de **fim** diverso daquele para o qual poderia legalmente ser cumprido’ (**Traité Élémentaire de Droit Administratif**. LGDF, 5. ed., v. I, 1970, p. 502, n. 894).” (BANDEIRA DE MELLO, 2003, p. 56, nota de rodapé n. 27)

O fato de as **verdadeiras intenções** dessas publicidades não estarem estampadas às escâncaras como interesse único dos administradores não é motivo para não se aprofundarem as investigações e se lançar mão de meios indicativos do desvio. Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 58) ensina:

“[...] Com efeito, **o agente** tanto pode ofender a lei violando-a à força aberta, ou seja, pisoteando à boca cheia e sem recato às disposições normativas, caso em que agride ostensivamente o padrão legal, como **pode fazê-lo à capucha, à sorrelfa, de modo soez, embuçado sob capuz de disfarce** – para usar uma expressão de Hely Lopes Meirelles – **a pretexto de atender o interesse público. Esta forma de proceder é mais grave**, é mais perigosa ainda do que aquela que resulta de violação desabrida da lei. **Por ser mais sutil, por vestir-se com trajes de inocência, é mais censurável.** Revela uma conduta soez, maculada pelo vício de má-fé. E o Direito abomina a má-fé. Assim, é vício de particular gravidade. Sobre sê-lo, é também, de especial periculosidade. Isto porque, se o Poder Judiciário, em face dele, mostrar-se excessivamente cauto, tímido ou, indesejavelmente, precavido em demasia contra os riscos de invasão do mérito do ato administrativo, os administrados ficarão a descoberto, sujeitos, portanto, a graves violações de direito que se evadam à correção jurisdicional.”

“É tendo em conta esta particularidade que o Poder Judiciário deverá enfrentar tal vício, armando-se com olhos de lince e dispondo-se a investigar fundo a etiologia do ato. Sobremais, haverá de esquivar-se a rigorismos para dar como estabelecida sua demonstração.

38. Não obstante ressaltem as dificuldades de prova, os autores acentuam também que, por força mesmo da postura esquivada deste vício, a exigência probatória não poderia ser levada a rigores com ele incompatíveis, sob pena de inviabilizar-se o controle jurisdicional destas condutas viciadas." (*Idem*, p. 78)

1.4 Dos princípios da impessoalidade e da moralidade

O que se vê das publicidades governamentais é o nítido propósito de vincular atos, programas, obras e serviços à figura do governante. Senão abertamente, o fazem **à capucha, à sorrelfa, de modo soez, embaçado sob capuz de disfarce**. Qual outro intento (que não o interesse próprio) ao se colocar seis placas indicativas de recuperação de rodovia num trajeto de apenas cinquenta quilômetros?(18) Qual outro intento ao criar **slogan** e **logotipo** ao assumir o governo e veiculá-los com ênfase durante todo o mandato? Ao assim agirem, ferem o princípio da impessoalidade.

"[...] Sem dúvida alguma, o princípio da impessoalidade, como bem afirma Cármen Lúcia Antunes Rocha, 'traz o sentido de ausência de rosto do administrador público; de outro, significa a ausência de nome do administrado'." (FIGUEIREDO, 1999, p. 144)

Como um comportamento da Administração Pública ofensivo a um princípio nunca atinge apenas um deles,(19) convém analisarmos se esse proceder pode ofender também o princípio da moralidade.

De pronto, cabe citar a arguta observação de Juarez Freitas (2004, p. 75):

"É que nosso País insiste em praticar, em todas as searas, desperdícios ignominiosos dos escassos recursos públicos. Não raro, prioridades não são cumpridas. [...] Por tudo, torna-se conveniente frisar que tal princípio constitucional [economicidade] está a **vedar, terminantemente, todo e qualquer desperdício dos recursos públicos ou aquelas escolhas que não possam ser catalogadas como verdadeiramente comprometidas com a busca da otimização ou do melhor.**"

Impossível não perguntar: a verba destinada para a publicidade governamental poderia ser melhor revertida para a população?(20) Se o orçamento de 2007 para investimentos é de R\$ 25 bilhões, como sustentar destinação de R\$ 1,5 bilhão por ano com publicidade e patrocínios?

A moralidade é princípio autônomo em nossa Constituição e se irradia por todas as atividades do Estado (legislativa, executiva e judiciária).(21) Longe o princípio da moralidade levar à conclusão de que o julgador deve utilizar suas próprias convicções morais. Deve-se respeitar a moral vigente em dado tempo e lugar, sempre buscando seu embasamento no ordenamento jurídico.(22)

A respeito, a lição de Juarez Freitas (2004, p. 53 e 56):

"Segundo o princípio, estão **vedadas condutas eticamente inaceitáveis e transgressoras do senso moral médio superior da sociedade**, a ponto de não comportarem condescendência. **Não se confunde, por certo, a moralidade com o moralismo, este último intolerante e não universalizável por definição.**

De certo modo, tal princípio determina que se trate a outrem do mesmo modo que se apreciaria ser tratado, isto é, de modo virtuoso e honesto.

[...]

O princípio da moralidade, no campo administrativo, não há de ser entendido como singelo conjunto de regras deontológicas extraídas da disciplina interna da Administração. Na realidade, prescreve extremamente mais: diz com os padrões éticos de uma determinada

sociedade, de acordo com os quais não se admite a universalização de máximas de conduta que possam fazer perecer liames sociais aceitáveis (justificáveis axiologicamente).”

Do mesmo entendimento é Marino Pazzaglini Filho (2003, p. 29):

“A moralidade significa a ética da conduta administrativa; a pauta de valores morais a que a Administração Pública, segundo o corpo social, deve submeter-se para a consecução do interesse coletivo. Nessa pauta de valores insere-se o ideário vigente no grupo social sobre, *v.g.*, honestidade, boa conduta, bons costumes, equidade e justiça. Em outras palavras, a decisão do agente público deve atender àquilo que a sociedade, em determinado momento, considera eticamente adequado, moralmente aceito.”

Além disso, o princípio da moralidade é não só causa autônoma de invalidação do ato, mas também serve de coadjuvante na análise de possíveis desvios de finalidade, conforme aponta Marcelo Figueiredo (1999, p. 91):

“Como vimos, o importante será considerar que é perfeitamente factível afronta à moralidade administrativa como causa autônoma de invalidação do ato impugnado. De fato, a moralidade será poderosa aliada na busca da finalidade do ato, na busca do interesse público, no contraste do ato discricionário, na análise de possíveis desvios de finalidade.”

Não deve jamais ser esquecida a lição do grande Paulo Bonavides (2004, p. 479):

“O intérprete constitucional deve prender-se sempre à realidade da vida, à ‘concretude’ da existência, compreendida esta sobretudo pelo que tem de espiritual, enquanto processo unitário e renovador da própria realidade, submetida à lei de sua integração.”

1.5 Da improbidade e das ferramentas que podem ser utilizadas para sua comprovação

LUGON (2007, p. 32 e 36) bem expressou como deve ser a conduta dos agentes políticos:

“Pautar-se-á sempre o desenho em honestidade, em moralidade, em justiça, em respeito às liberdades alheias; ou seja, em um direcionamento ético, sem o qual ineficaz será a opção legislada, distorcidas que serão as regras ao talante dos interesses egoístas dos mais fortes.

[...]

Há que se exigir dos agentes políticos uma conduta positiva, uma postura que signifique contribuição efetiva para melhorar a sociedade.

[...]

A transformação social se dá quando os conceitos são abandonados de sua característica abstrata e materializados em discursos, instituições, movimentos organizados de indivíduos, ações concretas que modificam a face do mundo.

[...]

As instituições devem sujeitar-se a um julgamento sob o prisma da moralidade.”

Diante da gravidade que é o ato de improbidade administrativa, nosso Constituinte deixou claro que sua ocorrência pode gerar “a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. **(23)**

A probidade é forma qualificada de moralidade administrativa.(24)

Dando cumprimento ao comando constitucional, o Legislador editou a Lei nº 8.429/92, doravante denominada de “Lei de Improbidade”.

Para este trabalho serão analisados principalmente os artigos 10 e 11. Começemos por aquele:

“Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no artigo 1º desta Lei, e notadamente: [...]”

Utilizar recursos em publicidade governamental com intuito (quase sempre velado) de obter ganhos políticos e também diante de inúmeras outras prioridades, significa desperdício ou malbaratamento.(25)

Já o artigo onze tem a seguinte redação:

“Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: [...]”

Quando se fala em violação de princípios, impossível não recordar a célebre lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2001, p. 772), para quem, violar um princípio

“é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura neles esforçada.”

Ficou demonstrado que esse tipo de publicidade atenta contra os princípios da impessoalidade e da moralidade. Convém enfatizar que os princípios constitucionais tanto podem ser expressos como implícitos.(26) Marino Pazzaglini Filho (2007, p. 42-43) enfatiza:

“Decorre, pois, da essência dos princípios constitucionais expressos estudados, o implícito de boa gestão administrativa, que consiste no dever jurídico da Administração Pública de adotar em sua atuação a medida técnica legal admissível a seu alcance manifestamente razoável, eficaz, para promover o bem comum.

Em síntese, a atividade do agente público, além de ser legal, ética, impessoal, eficiente, está vinculada ao emprego da melhor solução possível para resolver os problemas públicos de sua competência.”

A doutrina tem afirmado que, tanto no caso do artigo 10 quanto no do artigo 11 da Lei de Improbidade, há necessidade de que o ato decorra de má-fé.(27) O Superior Tribunal de Justiça, por suas duas Turmas, também é nesse sentido.(28)

Acontece que a exigência dessa demonstração não pode servir de meio para impedir a punição de atitudes abusivas e reiteradas.

“A sociedade brasileira, em profunda transformação, demanda operadores jurídicos que sejam, ao mesmo tempo, técnicos e críticos. O saber técnico é fundamental, mas o espírito crítico é indispensável para que a norma jurídica, sobretudo a constitucional, devidamente valorada, seja aplicada ao substrato social.” (FIGUEIREDO, 1999, p. 146)

Devem ser tomadas em conta as lições acerca da análise do desvio do poder/finalidade(29) e aplicá-las nos casos de improbidade, pois, como visto, a violência às disposições normativas feita disfarçadamente é ainda mais censurável.(30)

1.5.1 Da proporcionalidade

Além de utilizar os indícios, devem ser observados os demais atos (e principalmente as omissões) do administrador em comparação com o que faz a respeito da publicidade. Alguma ou algumas das publicidades trazidas como exemplo neste trabalho se sustentam diante da necessidade de se construir leitos hospitalares? Ou de consertar um caminhão do Corpo de Bombeiros? Ou de construir celas no Pará?

Paulo Bonavides (2004, p. 392) indica que a proporcionalidade está na categoria dos princípios que são mais fáceis de compreender do que definir e, no que toca ao ponto, afirma:

“Todavia, diante de eventual e flagrante limitação ou carência de recursos, a manutenção dos comandos normativos da Constituição recomenda ao tratamento da controvérsia pelos órgãos do poder estatal na esfera respectiva dos três ramos da soberania o emprego do princípio da proporcionalidade.” (BONAVIDES, 2004, p. 645)

Ensina Willis Santiago Guerra Filho (2002, p. 88):

“O *Bundesverfassungsgericht* (abrev. BverfG) emprega então o princípio de que tratamos, com mais frequência, para controlar a constitucionalidade de medidas já tomadas por algum dos demais poderes estatais, o executivo e o legislativo, especialmente no que se refere ao respeito ao direito fundamental dos indivíduos. Para tanto, embora não haja nenhum pronunciamento expresse nesse sentido, pode-se dizer que a mais alta Corte alemã ocidental vale-se do que a doutrina aponta como a tríplice manifestação do ‘mandamento da proporcionalidade’ (*Verhältnismässigkeitgebot*), também chamado ‘Proibição de excesso’ (*Übermassverbot*): ‘Adequação’ (*Geeignetheit*), ‘Exigibilidade’ (*Erforderlichkeit*) e ‘Proporcionalidade em sentido estrito’ (*Verhältnismässigkeit i. e. S.*). A primeira decisão em que se encontra uma clara e precisa formulação desse pensamento data de 16.03.01, na seguinte passagem:

‘O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado quando com o seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental.’

Resumidamente, pode-se dizer que uma medida é **adequada** se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e, finalmente, **proporcional em sentido estrito**, se as vantagens que trará superarem as desvantagens, para a efetivação global dos direitos fundamentais.”

Não existe adequação entre a publicidade do resultado de atletas brasileiros no Pan-Americano (ou qualquer das outras publicidades mostradas neste trabalho) e o dispositivo constitucional que limita a publicidade aos casos educativos ou de orientação social. Trata-se de uma informação, mas não se percebe qual a utilidade e o proveito da comunidade, nos termos postos pelo STF. Também não é necessária a publicidade, pois a grande maioria da população tomou conhecimento dos resultados da competição e, se o intuito fosse estimular a prática de esportes, não é preciso muito conhecimento na área para saber que isso tem que ser feito na base (escolas), e não em revista, para a qual o acesso é difícil às camadas menos favorecidas de nosso país. Por fim, sabendo-se que há muitas outras prioridades a serem feitas para o bem de nossa população – principalmente a mais carente –, verifica-se que as

desvantagens do gasto com publicidade **impedem a efetivação global dos direitos fundamentais.**

Seria muita ingenuidade nessas situações alegar ausência de má-fé. Conforme ficou registrado, exige-se a má-fé para caracterizar a improbidade. A Lei de Improbidade, “em suma, alcança o agente público desonesto ou imoral, não o imperito ou inábil de boa-fé” (PAZZAGLINI FILHO, 2007, p. 79). Em outras palavras, não há como aceitar a alegação de inabilidade ou boa-fé nesse malbarateamento do dinheiro público e ofensa a princípios constitucionais, diante da necessidade de investir em situações primordiais.

1.6 Análise da jurisprudência

Parece que a questão do mau uso de recursos públicos em publicidade governamental não tem sido dos assuntos mais em pauta no Ministério Público. Algumas decisões são frutos de ações populares e outras (em menor quantidade) dizem respeito à improbidade administrativa. Eis alguns exemplos:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. UTILIZAÇÃO DE FRASES DE CAMPANHA ELEITORAL NO EXERCÍCIO DO MANDATO. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. VIOLAÇÃO DO ART. 267, IV, DO CPC, REPELIDA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 11 DA LEI 8.429/92. LESÃO AO ERÁRIO PÚBLICO. PRESCINDIBILIDADE. INFRINGÊNCIA DO ART. 12 DA LEI 8.429/92 NÃO CONFIGURADA. SANÇÕES ADEQUADAMENTE APLICADAS. PRESERVAÇÃO DO POSICIONAMENTO DO JULGADO DE SEGUNDO GRAU.

1. Cuidam os autos de ação civil pública por improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face de José Cláudio Grando, à época Prefeito Municipal de Dracena/SP, objetivando, em síntese, a sua condenação nas sanções previstas na Lei nº 8.429/92 por suposta utilização irregular das frases ‘Dracena Todos por Todos Rumo ao Ano 2000’ e ‘Dracena Rumo ao Ano 2000’ em fachadas de órgão públicos municipais, veículos e placas de inauguração, uniformes dos alunos das escolas e creches públicas, jornais da região, carnês de pagamento de tributos e publicações especiais. Sobreveio sentença julgando parcialmente procedente o pedido para suspender os direitos políticos do réu pelo período de três anos, proibi-lo de contratar, receber benefício, incentivos fiscais ou creditícios, diretos ou indiretos, junto ao poder público, ainda que por intermédio de pessoa jurídica, pelo mesmo prazo, bem como para condená-lo a pagar o equivalente a dez vezes sua atual remuneração, a título de multa civil, e a ressarcir ao Município os gastos comprovadamente efetuados com recursos públicos na inserção da expressão e símbolo de sua campanha eleitoral em bens e atos da administração, a serem liquidados no momento oportuno, bem como a arcar com as custas e eventuais despesas processuais, extinguindo o processo nos termos do art. 269, inciso I, do CPC. [...]

2. A ação civil pública protege interesses não só de ordem patrimonial como, também, de ordem moral e cívica. **O seu objetivo não é apenas restabelecer a legalidade, mas também punir ou reprimir a imoralidade administrativa a par de ver observados os princípios gerais da administração.** Essa ação constitui, portanto, meio adequado para resguardar o patrimônio público, buscando o ressarcimento do dano provocado ao erário, tendo o Ministério Público legitimidade para propô-la. Precedentes. Ofensa ao art. 267, IV, do CPC, que se repele.

3. **A violação de princípio é o mais grave atentado cometido contra a Administração Pública, porque é a completa e subversiva maneira frontal de ofender as bases orgânicas do complexo administrativo.** A inobservância dos princípios acarreta responsabilidade, pois o art. 11 da Lei 8.429/92 censura ‘condutas que não implicam necessariamente locupletamento de caráter financeiro ou

material' (Wallace Paiva Martins Júnior, **Probidade Administrativa**, Saraiva, 2. ed., 2002).

4. O que deve inspirar o administrador público é a vontade de fazer justiça para os cidadãos, sendo eficiente para com a própria administração. O cumprimento dos princípios administrativos, além de se constituir um dever do administrador, apresenta-se como um direito subjetivo de cada cidadão. **Não satisfaz mais às aspirações da Nação a atuação do Estado de modo compatível apenas com a mera ordem legal; exige-se muito mais: necessário se torna que a gestão da coisa pública obedeça a determinados princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária.**

5. A elevação da dignidade do princípio da moralidade administrativa ao patamar constitucional, embora desnecessária, porque no fundo o Estado possui uma só personalidade, que é a moral, consubstancia uma conquista da Nação que, incessantemente, por todos os seus segmentos, estava a exigir uma providência mais eficaz contra a prática de atos dos agentes públicos violadores desse preceito maior.

6. A tutela específica do art. 11 da Lei 8.429/92 é dirigida às bases axiológicas e éticas da Administração, realçando o aspecto da proteção de valores imateriais integrantes de seu acervo com a censura do dano moral. Para a caracterização dessa espécie de improbidade, dispensa-se o prejuízo material na medida em que censurado é o prejuízo moral. A corroborar esse entendimento, o teor do inciso III do art. 12 da lei em comento, que dispõe sobre as penas aplicáveis, sendo muito claro ao consignar, 'na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver...' (sem grifo no original). O objetivo maior é a proteção dos valores éticos e morais da estrutura administrativa brasileira, independentemente da ocorrência de efetiva lesão ao erário no seu aspecto material.

7. A infringência do art. 12 da Lei 8.429/92 não se perfaz. As sanções aplicadas não foram desproporcionais, estando adequadas a um critério de razoabilidade e condizentes com os patamares estipulados para o tipo de ato acoimado de ímprobo.

8. Recurso especial conhecido, porém, desprovido.”**(31)** (negrito meu)

“Não pode o administrador, usando do dinheiro público, fazer propaganda de suas obras e serviços. Aliás, num país como o nosso, com tão poucos recursos, não se pode sequer entender por que grandes importâncias em dinheiro, que poderiam ser usadas em programas sociais, são destinadas muitas vezes para propaganda e publicidade, sem conotação de informação, orientação ou educação, de obras e serviços que se constituem obrigação do administrador eleito. [...] nem por isso se pode fechar os olhos a artifícios que vêm sendo utilizados pelos Srs. Administradores Públicos, para conseguirem, com uso do erário, vincular seus nomes a determinadas obras e serviços, fazendo verdadeiras campanhas de autopromoção.”**(32)**

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Utilização de símbolos e slogans na publicidade oficial da Prefeitura – Promoção pessoal do Prefeito – Admitida somente publicidade de caráter educativo, informativo ou de orientação social – Inteligência do art. 37, § 1º, da CF – Vulneração dos princípios da impessoalidade e moralidade administrativa – Sentença de improcedência reformada – Aplicação de multa por cada publicidade pessoal – Pagamento de multa civil – Recurso parcialmente provido.”**(33)**

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA. NO MÉRITO, CARACTERIZADOS FARTAMENTE OS ATOS DE IMPROBIDADE. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO

PÚBLICA VIOLADOS. PUBLICIDADE OFICIAL IRREGULAR. AUTOPROMOÇÃO DO GESTOR. DANO AO ERÁRIO. Inteligência do art. 37, *caput* e §§ 1º e 4º da constituição e dos arts. 4º, 9º, XII, 11, *caput*, 12 e 18, todos da Lei nº 8.429/92. Rejeitada a preliminar, recurso parcialmente provido. Eventual vício procedimental que macula o processo não deve ensejar a nulidade da sentença se possível for a sua sanção. Fartamente demonstrada através de documentos a publicidade oficial vinculando e identificando o gestor público, sendo fatos também reconhecidos pela ré. Configuração de atos de improbidade, por enriquecimento ilícito e por ofensa aos princípios constitucionais regentes da administração pública. O desvirtuamento da finalidade da publicidade pelo gestor público, não atendendo ao que disposto pelo § 1º do art. 37 da constituição, enseja ofensa ao princípio da legalidade. A atuação da administração pública deve ser impessoal, sem qualquer vinculação à pessoa do gestor, que apenas implementa uma das atividades que decorre da representação do povo soberano.”(34)

Por ter enfrentado a questão com firmeza e sabedoria, cumpre transcrever a liminar proferida pelo Juiz de Direito Domingos Paludo, da Vara da Fazenda Pública em Florianópolis: (35)

“Vistos etc.

Celestino Roque Secco. Antonio Carlos Vieira, Joarez Carlos Ponticelli, Lício Mauro da Silveira, Reno Luiz Caramori e Valmir Francisco Comim ajuizaram AÇÃO POPULAR contra Estado de Santa Catarina, Luiz Henrique da Silveira, Derly Massaud de Anunciação e One WG Agência de Publicidade.

Alegam em suma que os réus ‘desencadearam uma imoral e ilegal campanha de propaganda do Governo do Estado de Santa Catarina, intitulada Santa Catarina em Ação’, inundando os veículos de comunicação, tanto na mídia impressa quanto na mídia eletrônica (rádio e televisão), de imagens e mensagens ao arrepio da legislação que rege a matéria’, pois traduz promoção pessoal do primeiro réu, que pretende candidatar-se para as próximas eleições, daí porque se utiliza inclusive de servidores públicos nas propagandas e faz questão de deixar clara a agressividade da comunicação que já custou, no **ano de 2004, R\$ 53.936.634,76** aos cofres públicos e, atualmente, **R\$ 149.823,98 diários**.

Afirma que a publicidade veicula fatos inverídicos, pois várias obras das anunciadas que arrola foram realizadas na administração anterior e alguma nem foi realizada.

A publicidade, argumentam, pelo seu critério de promoção pessoal e porque desatende ao art. 37, § 1º, da CF, e ao art. 16, §§ 6º e 180, da CE, com utilização de logomarca já declarada ilegal por este Juízo, configura ato ilegal e lesivo ao erário público, para fins da Lei 4.717/65. Pretendem a liminar suspensão da publicidade intitulada ‘Santa Catarina em ação’ e que se declarem indisponíveis os bens pertencentes ao segundo e ao terceiro réus e ao proprietário da empresa beneficiária; que se requisitem os papéis que citam; e ao final que sejam declarados nulos os atos da campanha publicitária em questão e que sejam os réus condenados a repor ao patrimônio público o valor respectivo, a apurar pericialmente.

Veio, assim, o feito, para análise do pedido de liminar.

Satisfeitas as condições da ação e os pressupostos processuais, a liminar em casos assim está condicionada à demonstração do risco de ineficácia da medida, se concedida somente ao final, e da aparência de bom direito ou, no caso, da ilegalidade do ato impugnado, tudo que há de ser analisado objetivamente, sopesado inclusive o risco de dano inverso.

Por primeiro, cuido da ilegalidade da publicidade criticada que, ainda que constatada de modo apenas provisório e aparente, na forma característica

desta fase, reclama a sustação do ato, haja vista que não se pode condescender, não obstante a fase, com atos aparentemente ilegais.

A legalidade é imposição constitucional. Copio o art. 37 da CF:

‘A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** [...]’.

E a própria Constituição Federal traçou balizamento claro para a publicidade oficial, no seu art. 37, parágrafo primeiro, assim:

A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos **deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social**, dela **não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos**.

Então, se a Administração deve estar sempre submissa à lei, notadamente à maior delas, que é a CF, esbarrando a publicidade na regra constitucional, padecerá de grave eiva, que a nulifica.

A publicidade de que cuidam estes autos possui indiscutível caráter personalista e, parece tranquilo, também cor partidária, até em face das eleições que se aproximam, que garante o chefe do Governo que disputará, segundo está também documentado nos autos, não fosse público e notório.

O exagero documentado nos autos é público e notório. A qualquer que acompanhe a imprensa, surpreende a ‘agressividade’ da propaganda, seu caráter político e de promoção pessoal.

Pela regra constitucional, a publicidade paga com dinheiros públicos deve ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, **não principalmente, mas exclusivamente, e outra coisa se passa com a maciça campanha em curso, que nada orienta, mas apenas ressalta os feitos do governador à frente do Governo**.

Trata-se de mera gabolice, autobajulação que se compraz em ressaltar a eficiência e a vaidade do atual administrador, de suas cores partidárias, veiculando logomarca que identifica a atual administração com o partido a que pertence o segundo réu, segundo já se declarou em outro feito, como lembram os autores.

Salta aos olhos que a gabança exagerada não visa informar, nem orientar, nem instruir a ninguém. Apenas ressalta os feitos e feitos do Governador candidato.

Mais, a regra constitucional proíbe que constem ‘nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos’, e a publicidade discutida contém nomes de vários servidores, potenciais cabos eleitorais para as eleições que se avizinham, bem como a logomarca do partido do PMDB, e conduz, pelo tom, à conclusão de que há uma enormidade de obras e obras de responsabilidade do segundo réu, que certamente é o melhor candidato para as próximas eleições [...].

O propósito da campanha publicitária, ligado à candidatura já alardeada, é manifesto.

Inaceitável, tal como se passa com as cifras referidas na inicial.

Conviria lembrar que, pelo art. 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92, caracteriza ato de improbidade aquele que ‘atenta contra os princípios da administração pública’, ocasionando violação aos ‘deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições’.

Então, se na Administração Pública a impessoalidade deve imperar, se 'Administrar é um exercício institucional, e não pessoal, a conduta administrativa deve ser objetiva, imune ao intersubjetivismo e aos liames de índole pessoal, dos quais são exemplos o nepotismo, o favorecimento, o clientelismo e a utilização da máquina administrativa como promoção pessoal' (Marino Pazzagliani Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior, **Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público**, Atlas, 4. ed., p. 53), a publicidade peca inclusive contra a impessoalidade exigida na regra constitucional, pela proibição de veicular promoção pessoal.

Orientar e informar não é a mesma coisa que divulgar realizações do administrador, algumas falsamente, como se diz na inicial, com fim pessoal, partidário ou político.

O que pretende a CF é impedir a personalização das obras públicas às custas do erário.

Merece ser lembrada a lição de Fábio Medina Osório:

'Não se pode amarrar os agentes públicos de forma a escravizá-los a exigências irreais ou distantes do bom senso e do saudável contexto social. Seria ingenuidade supor que o homem público não impulse suas atividades também pela vaidade, orgulho ou ambição de poder. Mas tais fatores, enquanto problemas inerentes a muitos homens, podem, todavia, assumir um aspecto secundário em relação ao interesse público primário defendido na ação administrativa. Em outras palavras, também o administrador vaidoso ou exibicionista poderá realizar ações administrativas adequadas ao interesse público e, simultaneamente, ao seu ego, na medida em que os resultados de uma boa administração certamente repercutem no campo eleitoral e de divulgação da mídia.

O exibicionismo e o ego dos administradores públicos, agentes públicos, em geral, encontram, todavia, claros limites nos princípios da impessoalidade e moralidade administrativas, não podendo os homens públicos pretender deixar marcas personalizadas e particulares nas obras públicas' (**Improbidade Administrativa**, Síntese, 2. ed., p. 196).

A regra constitucional em questão foi violada, transparece já a esta fase processual, por falta de conteúdo informativo, por veicular nomes de servidores públicos, por divulgar logomarca proibida já em outro feito, por fazer crer que o Governador é o responsável por incontáveis realizações, como por defender ideia política, a chamada descentralização que é a bandeira de campanha do Governador e de seu partido, o PMDB.

A publicidade ganhou proibidos contornos pessoais.

O eg. Tribunal de Justiça de Santa Catarina já apreciou questão semelhante e ementou:

'As matéria veiculadas no jornal O Contestado foram dirigidas a fazer propaganda da atual administração municipal, bem como destinaram-se à promoção pessoal do Sr. Prefeito, e também de várias pessoas que ocupavam funções públicas junto ao Município de Matos Costa naquele período específico (abril de 1995). O mencionado dispositivo constitucional é cogente, inflexível, ou seja, mesmo admitindo-se que as matérias divulgadas realmente tivessem caráter educativo, informativo ou de orientação social, a indicação de nomes e a publicação de fotografias de servidores públicos e autoridades municipais, com nítido caráter de promoção pessoal, colide frontalmente com a atual Constituição Republicana.' (Apelação Cível nº 97.000456-7, de Porto União, rel. Des. Sérgio Paladino, j. 14.08.97)

No mesmo sentido, decisão do Excelso Pretório:

‘AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 37, PARÁGRAFO PRIMEIRO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PUBLICIDADE DE ATOS E OBRAS PÚBLICAS. NÃO OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NA SEGUNDA PARTE DO PRECEITO CONSTITUCIONAL. DECISÃO PROFERIDA À LUZ DAS PROVAS CARREADAS PARA OS AUTOS. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 279/STF.

1. O art. 37, parágrafo primeiro, da Constituição Federal preceitua que ‘a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades e servidores públicos’.

2. Publicidade de caráter autopromocional do Governador e de seus correligionários, contendo nomes, símbolos e imagens, realizada às custas do erário. Não observância do disposto na segunda parte do contido no art. 37, parágrafo primeiro. Decisão proferida à luz das provas carreadas para os autos. Reapreciação da matéria fática em sede extraordinária. Impossibilidade. Súmula 279/STF. Agravo Regimental não provido.’ (Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 217025/RJ, Ministro Relator Maurício Corrêa, Segunda Turma, j. 27.04.98)

Os atos questionados na presente demanda são de inconstitucionalidade manifesta e de uma lesividade tão evidente que a rigor dispensam comentários, esvaindo sua motivação, como é evidente, na pura promoção pessoal do governador.

Nos cálculos da inicial, **foram gastos, no ano de 2004, R\$ 53.936.634,76** e, atualmente, R\$ 149.823,98 diários com a propaganda inconstitucional.

Apenas o inusitado de tal cifra já sugere abusos.

Não há como fugir ao acolhimento integral do pleito de liminar, pois que, como se viu, ao menos para a fase processual, há inconstitucionalidade na veiculação publicitária que, se impessoal, a rigor sequer merecerá rebate do segundo réu.

E, desde que a campanha publicitária indevida seja custeada pelos cofres públicos como sói acontecer em casos assim, sua desconformidade com o matiz constitucional indica sua suspensão imediata, como forma de estancar a sangria, a saída de numerários com fim proibido, e, portanto, o aumento da lesão.

Ausente o risco de dano inverso, não há óbice à concessão da liminar.

Então, defiro a liminar postulada e proíbo, até outra determinação, a veiculação da campanha publicitária denominada ‘Santa Catarina em Ação’, pena de multa diária de R\$ 100.000,00 a quem a fizer com dinheiros públicos.

O pedido de indisponibilidade de bens também é deferido, para que não caia eventual condenação final no vazio, ficando o valor da medida, considerando ambos os demandados, circunscrito ao valor da causa, à falta de outro critério mais seguro.

Requisitar os documentos mencionados no item 4, letras *a* a *e* de fls. 40-41, fixado o prazo para atendimento em 10 dias.

Citar os demandados para que contestem, querendo, no prazo, e, com as contestações, voltem os autos para revisão da liminar.

Dar vista dos autos ao Ministério Público.

Expedir os ofícios e mandados necessários à materialização da presente, inclusive aos órgãos de imprensa, para que suspendam a veiculação até

ulterior deliberação do Juízo.

Os autores promovam a citação, em dez dias, como litisconsortes passivos, dos noticiosos que têm veiculado a publicidade.

Intimar.”

Conclusão

Num país pobre como o nosso, o dinheiro público deve ser utilizado com sabedoria e destinar-se à realização das prioridades que nossa Constituição elegeu.

Apesar de permitida a publicidade governamental, deve ser restrita aos casos de proveito da comunidade, e não à autobajulação ou autopromoção que se vê atualmente: o “conteúdo educativo, informativo ou de orientação social há de ter como alvo a utilidade e o proveito da comunidade, não o interesse, mesmo legítimo, do administrador”.

A Lei de Improbidade Administrativa tem condições de fazer cessar essas práticas e puni-las com o devido rigor, pois são enquadráveis as condutas nos seus artigos 10 e 11. A má-fé que a doutrina e a jurisprudência têm exigido para caracterizar atos de improbidade não pode ser impeditiva de punição e tem como ser evidenciada mediante a utilização da doutrina do desvio de poder/finalidade, bem como dos princípios da impessoalidade, da moralidade e da proporcionalidade.

Referências bibliográficas

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Discrecionalidade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. 6. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. RDA n. 240, 2005, p. 103. *Apud* MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Neoconstitucionalismo e Desafio Democrático: Quais Princípios? In: **Contratos Administrativos**. Porto Alegre: TRF da 4ª Região, 2007 [Currículo Permanente. Caderno de Direito Administrativo: módulo 2].

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**. 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O Controle da Moralidade na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1999.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

GARCIA, Emerson. Princípio da Separação dos Poderes: Os Órgãos Jurisdicionais e a Concreção dos Direitos Sociais. **Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil**, Brasília, a. 23, n. 81, 3º trimestre/2005.

GODOI, Marciano Seabra de. Tributo e Solidariedade Social. In: GRECO, Marco Aurélio; _____ (Coord.). **Solidariedade Social e Tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

LUGON, Luiz Carlos de Castro. Ética na Concretização dos Direitos Fundamentais. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, a. 18, n. 65, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PEDRA, Anderson Sant'anna. A Lei de Improbidade Administrativa e o Princípio da Proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, n. 22, out./dez. 2005.

SANT'ANNA, Armando. **Propaganda: teoria, técnica e prática**. 7. ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

Anexos



Revista Veja, 03.10.2007, p. 47.



Revista Veja, 14.11.2007, p. 62-63.



Revista Veja, 28.11.2007, p. 119.



Revista Veja, 05.12.2007, p. 169.



Rodovia BR-153, trecho entre Santo Antônio da Platina (PR) e Ibaiti (PR) – novembro de 2007.



Rodovia PRT-153, trecho entre Ibaiti (PR) e Ventania (PR) – novembro de 2007.

Notas

1. Trabalho apresentado como conclusão do Módulo II – Direito Administrativo – 2007 – Currículo Permanente da EMAGIS – Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

2. Não foi esta a única vez em que uma mulher foi colocada dentro de uma cela com detentos no Pará, conforme relata a Revista Veja, de 28.11.2007, p. 54-55.

3. Jornal Diário Catarinense, de 29.06.2004.

4. “Ao todo, a área publicitária institucional da Presidência da República tem um orçamento médio anual estimado em R\$ 150 milhões. O valor total gasto pelo governo federal inteiro é maior – quando é considerada também a administração indireta (estatais). [...] Em geral, a estimativa do mercado é que a administração federal gaste, por ano, cerca de R\$ 1,5 bilhão em propaganda” (Folha de São Paulo, 31.03.2007).

5. Fotografei algumas publicidades/propagandas governamentais e as coloquei no Anexo deste trabalho.

6. “Prestar contas à população de seus atos é um dever de todo governo, como uma forma de manter os cidadãos informados das ações e realizações, fazendo uma administração transparente.

Sedimentado na vontade popular, eleito democraticamente nas urnas, o governo não precisa usar de artifícios para conquistar a simpatia do povo. Ele se impõe pelo resultado de uma ação efetiva emanada do próprio povo com a sua participação, e a prestação de contas na forma publicitária é feita com destaque aos benefícios que o povo usufrui nos serviços que o Estado proporciona.

[...]

A chamada grande imprensa não se caracteriza por bem informar ao público dos atos governamentais e, quando o faz, na maioria das vezes, não é eficiente no seu conteúdo, exatidão ou ênfase.

Assim o governo usa a informação metódica a serviço das verdadeiras causas do interesse público, útil a coletividade, com mensagens que são de utilidade pública e constituem obrigação do Estado.

[...]

É esta a razão que exige o uso da comunicação pelos Ministérios, Secretarias, Empresas ou Departamentos e todos que podemos agrupar como necessidade de informar e orientar a população sobre seus próprios serviços e como utilizá-los." (SANT'ANNA, 2002, p. 71).

7. Constituição Federal, "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]".

8. RE 208.114-1, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. 18.04.2000, DJ 25.08.2000.

9. BONAVIDES (2004, p. 378-379); BARROSO (2006, p. 97).

10. "[...] **os recursos públicos são limitados e é preciso fazer opções**. As escolhas em matéria de gastos e políticas públicas não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais."

11. STF, RE 436.996-6, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 26.10.2005.

12. RE 208.114-1.

13. "Sob Lula, gasto da Infraero com publicidade sobe 184%. Percentual corresponde à comparação entre o 1º governo Lula e o último de FHC. Em valores corrigidos, empresa gastou R\$ 19 milhões entre 2003 e 2006; de 1999 a 2002, despesas foram de R\$ 6,7 milhões" (Folha de São Paulo, 15 de maio de 2007).

14. Revista Veja. ed. 2028, 3 de outubro de 2007, p. 47.

15. Revista Veja. ed. 2034, 14 de novembro de 2007, p. 62. A publicidade envolve três páginas: 61-63.

16. "Governo de SP dobrou gastos com publicidade em 2006. Verba destinada por Alckmin e Lembo à propaganda foi de R\$ 26 milhões no 1º semestre. Dois terços dos R\$ 33 mi empenhados para o setor neste ano foram em março, último mês de gestão do candidato à Presidência.

[...]

O governo do Estado de São Paulo, administrado pelo presidenciável Geraldo Alckmin (PSDB) até o último 31 de março, dobrou seus gastos com publicidade no primeiro semestre deste ano em relação ao mesmo período do ano passado.

Segundo dados do governo, a administração direta (descontadas autarquias e estatais), por meio da Casa Civil do Palácio dos Bandeirantes, gastou R\$ 12,3 milhões em publicidade e propaganda nos seis primeiros meses de 2005.

No primeiro semestre deste ano, o liquidado (serviços que tiveram pagamento liberado) saltou para R\$ 26,2 milhões – mais de 100% de aumento.

O índice médio de inflação de janeiro a junho de 2006 em relação ao mesmo período de 2005 teve evolução de 4,9%, segundo o IPCA.

O dinheiro empenhado (comprometido) pelo governo para a publicidade e propaganda também cresceu na comparação entre os dois períodos e já consumiu quase toda a verba reservada para a área em 2006.

Em 2005, o governo empenhou R\$ 15,6 milhões de sua reserva orçamentária para o setor no primeiro semestre. Neste ano, foram comprometidos R\$ 32,9 milhões – 89% do orçamento de R\$ 36,8 milhões

administrado agora por Cláudio Lembo (PFL), sucessor de Alckmin no governo.

Todo o valor empenhado para a publicidade no ano passado foi pago pelo governo paulista, conforme informou ontem a Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda.” (Folha de São Paulo, 04.08.2006)

O ritmo das execuções orçamentárias em outras áreas do governo paulista não mostrou a mesma velocidade. No programa de expansão do ensino público superior, por exemplo, apenas 15% da verba destinada para 2006 foi utilizada no primeiro semestre.

De acordo com levantamento feito pela Folha na Assembleia Legislativa, com base no Sigeo, o sistema de acompanhamento dos gastos do Executivo, 66% do dinheiro – R\$ 22 milhões – para publicidade e propaganda do período foram empenhados em março, último mês do candidato tucano no governo do Estado.

A assessoria do governo disse que os gastos estão dentro do que manda a legislação e se devem principalmente às principais obras lançadas por Alckmin antes de ele deixar o cargo para disputar o Planalto.

Ainda segundo o governo, a verba total de publicidade diminuiu neste ano, caindo de R\$ 40,8 milhões em 2005 para os R\$ 36,8 milhões atuais.

Conforme a Lei Eleitoral, as despesas com publicidade não podem superar a média dos gastos dos últimos três anos ou a despesa do ano anterior.

Bandeiras de campanha:

O governo federal empenhou até agora 65% das verbas reservadas para a publicidade no Orçamento deste ano, um total de R\$ 157,9 milhões.

A verba comprometida pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva (PT) para a publicidade e propaganda em 2006 é de R\$ 103,8 milhões – 65% do total.

Já o montante efetivamente pago pelo governo federal é de R\$ 54.4 milhões.

No final de maio, Alckmin, então pré-candidato do PSDB a presidente, anunciou que adotaria ‘medidas legais’ para tentar impedir o que seu partido chamou de ‘publicidade abusiva do governo Lula’ durante o período da pré-campanha.

Na mesma época, no entanto, o governo paulista propagandeava importantes bandeiras do tucano, como a linha 2 do metrô paulistano e o rebaixamento da calha do rio Tietê.

‘Alckmin utilizou o dinheiro do povo paulista para fazer sua pré-campanha a presidente’, disse o líder do PT na Assembleia, Ênio Tatto, que também estuda medidas legais contra o presidenciável tucano.

A média de gastos do governo Alckmin já havia sido acelerada no final de 2005. De outubro do ano passado até fevereiro, a média de liquidações saltara de R\$ 2,3 milhões mensais entre janeiro e setembro para R\$ 4,6 milhões mensais no período.” (Folha de São Paulo, 04 de agosto de 2006)

17. São exemplos as campanhas de vacinação, de combate à dengue e as educativas em geral. Por outro lado, são inaceitáveis a publicidade consistente em placas indicativas de construção de casas populares, de galerias pluviais, pavimentação asfáltica; publicidade em rádio, televisão e jornal de empresas públicas de água e esgoto.

18. Rodovia PRT-153, trecho entre Ibaiti (PR) e Ventania (PR) – novembro de 2007.

19. ROCHA, citada por FREITAS, 2004, p. 54, nota de rodapé n. 53.

20. “O caso da publicidade estatal federal para a produtora de TV de um filho do presidente da República reabre um debate nunca enfrentado pelo governo petista.

A pergunta é: o Planalto considera apropriado a administração federal gastar cerca de R\$ 1,5 bilhão por ano com publicidade e patrocínios? Trata-se de uma deformidade profunda do capitalismo ‘à brasileira’. Metade dos jornais, rádios e TVs no país iriam à falência no dia seguinte se fosse proibido aceitar propaganda estatal – seja federal, seja estadual ou municipal.

Fora do governo, o PT era contra esse tipo de despesa. Instalado no Palácio do Planalto, aderiu com gosto à gastança para lustrar a própria imagem. O dirigente petista Valter Pomar fez uma confissão involuntária a respeito numa carta à Folha criticando o jornal (perdão pelo pleonasma): ‘Todas as decisões de governo são, por definição, decisões políticas. Isso é particularmente válido quando estamos tratando de publicidade de instituições públicas’. No passado, a história era outra.

Em 8 de outubro de 1996, o então deputado federal Luiz Gushiken (PT-SP) enviou um ofício ao Planalto. Em tom crítico, escreveu: ‘A administração federal irá lançar no fim deste ano uma campanha publicitária cujo objetivo será melhorar a imagem do presidente’. Em seguida, pedia o ‘valor previsto’ e o ‘planejamento de mídia [veículos que receberiam as verbas]’.

FHC nunca respondeu. Gushiken virou ministro da propaganda de Lula e imitou FHC.

Há dez anos, Gushiken estava certo. Atazanava o governo para saber detalhes dos gastos publicitários estatais. Hoje, quando alguém tenta fazer o mesmo, logo surgem petistas em posição de sentido dizendo enxergar a elite tentando um golpe contra Lula. Tenham dó.” (Folha de São Paulo, 29 de novembro de 2006).

21. FIGUEIREDO, 1999, p. 18.

22. *Idem*, p. 25-26.

23. Constituição Federal, art. 37, § 4º.

24. “Genericamente, ‘probidade’ advém de ‘probo’, do latim *probus*. Ser probo significa ser honesto, honrado, virtuoso. A probidade é a retidão, a integridade de caráter. [...] A probidade, no contexto constitucional, é forma qualificada de moralidade administrativa.” (FIGUEIREDO, 1999, p. 47)

25. “A sociedade brasileira, nos termos dos parâmetros sociais atuais prevalentes, reputa atentados contra o princípio da moralidade administrativa a corrupção e a impunidade dos corruptos; o enriquecimento ilícito dos agentes públicos; a exigência (ou solicitação) e o recebimento de propinas para o atendimento dos pleitos legítimos dos particulares junto à Administração; o tráfico de influências; o sectarismo da conduta de agentes públicos, privilegiando interesses pessoais no trato da coisa pública (*v.g.*, nomeação de parentes em cargos de comissão ou perseguição de desafetos); o malbaratamento do dinheiro público, aplicado seja em mordomias abusivas, seja em propaganda institucional inútil ou de proselitismo pessoal ou partidário.” (PAZZAGLINI FILHO, 2007, p. 32)

26. PAZZAGLINI FILHO, 2003, p. 54.

27. PAZZAGLINI FILHO, 2007, p. 77 e 79; PEDRA, 2005, p. 179-/180.

28. REsp 751634/MG; Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI – PRIMEIRA TURMA – j. 26.06.2007 – DJ 02.08.2007, p. 353; AgRg no REsp 479812/SP; Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS – SEGUNDA TURMA – j. 02.08.2007 – DJ 14.08.2007, p. 281.

29. “Não obstante ressaltem as dificuldades de prova, os autores acentuam também que, por força mesmo da compostura esquiva deste vício, a exigência probatória não poderia ser levada a rigores com ele incompatíveis, sob pena de inviabilizar-se o controle jurisdicional destas condutas viciadas.

[...]

Agustín Gordillo, expressão pinacular do direito administrativo latino-americano, também adverte que o necessário é encontrar ‘provas indiciárias ou elementos circunstanciais’, uma vez que raramente no próprio ato, como em sua motivação, é que apareceria o vício. Donde, a prova, de regra, terá de resultar de um conjunto de circunstâncias exteriores ao ato.” (BANDEIRA DE MELLO, 2003, p. 78-79).

30. BANDEIRA DE MELLO, 2003, p. 58.

31. STJ, REsp nº 695.718/SP, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, j. 16.08.2005, DJU 12.09.2005, p. 234.

32. TJSP, Apelação nº 160.666-1/0 – 5ª Câmara Civil de Férias “C”, Rel. Des. Melo Júnior, 07.02.1992.

33. TJSP – AC 232.856-5/1-00 – 3ª CDPúb. – Rel. Des. Magalhães Coelho – DJSP 14.05.2004 – p. 48.

34. TJBA – Proc. 3.237-2/2003 – 1ª C. Cív. – Rel. Desa. Sílvia Zarif – j. 17.09.2003.

35. Autos do processo nº 023.05.050074-3. Decisão disponível em www.tj.sc.gov.br. Acesso em 22.02.2006.

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):

MICHELOTI, Marcelo Adriano. *Improbidade na publicidade institucional*. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 34, fevereiro. 2010. Disponível em:
< http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao034/marcelo_micheloti.html >
Acesso em: 05 ago. 2010.